

# VU Research Portal

## Is het gras bij de burens groener? Over de (on)mogelijkheid van territoriale samenhang binnen lidstaten

Wolswinkel, C.J.

### ***published in***

Nederlands tijdschrift voor Europees Recht  
2014

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Wolswinkel, C. J. (2014). Is het gras bij de burens groener? Over de (on)mogelijkheid van territoriale samenhang binnen lidstaten. *Nederlands tijdschrift voor Europees Recht*, 2014(8), 257-263.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Is het gras bij de burens groener? Over de (on)mogelijkheid van territoriale samenhang binnen lidstaten

Mr. dr. C.J. Wolswinkel\*

In het arrest *Digibet* geeft het Hof van Justitie een nieuwe, territoriale dimensie aan de eis dat een beperkende maatregel slechts geschikt is om een legitiem doel te verwezenlijken indien de verwezenlijking van dit doel op samenhangende wijze wordt nagestreefd. Deze eis van territoriale samenhang blijkt op gespannen voet te staan met het respecteren van de interne bevoegdheidsverdeling binnen lidstaten. In het bijzonder kan het regime van een deelstaat dat afwijkt van het regime van andere deelstaten, de geschiktheid van het regime van die andere deelstaten ondermijnen.

*HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-156/13, Digibet en Gert Albers/Westdeutsche Lotterie, ECLI:EU:C:2014:1756*

## Voorgeschiedenis

In Duitsland valt de regulering van kansspelen niet onder de bevoegdheid van de federale bondsstaat, maar onder die van de Duitse deelstaten (*Länder*). Niettemin heeft het afgelopen decennium een zekere eenheid bestaan in het Duitse kansspelbeleid. Deze eenheid is gecreëerd door zogeheten 'staatsverdragen', waarin de zestien deelstaten gemeenschappelijke regels op het terrein van kansspelen hebben neergelegd.<sup>1</sup>

Al die tijd ligt het Duitse kansspelbeleid behoorlijk onder vuur. Zo oordeelt het Duitse Bundesverfassungsgericht in 2006 dat de wetgeving van de deelstaat Beieren in strijd is met de beroepsvrijheid die wordt gewaarborgd door artikel 12 *Grundgesetz*, met name omdat regelgeving ontbreekt waardoor de goklust aan banden

wordt gelegd. Het staatsverdrag van 2008 reageert hierop met strengere grenzen aan de organisatie, verkoop en exploitatie van kansspelen. Op 8 september 2010 toont echter ook het Hof van Justitie zich buitengewoon kritisch over de Duitse regulering van kansspelen, zowel onder het oude staatsverdrag van 2004 als onder het nieuwe staatsverdrag van 2008.<sup>2</sup>

Het staatsverdrag uit 2008 geldt voor een periode van vier jaar en wordt in 2012 vervangen door een nieuw staatsverdrag. Een van de deelstaten, Schleswig-Holstein, doet echter niet meer mee aan deze nieuwe gezamenlijke regulering van kansspelen. In plaats daarvan stelt Schleswig-Holstein een eigen *Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels* vast. Deze regeling wordt gekenmerkt door verdergaande liberalisering van het kansspelbeleid en staat onder meer – anders dan het nieuwe staatsverdrag – reclame voor kansspelen via televisie of internet in beginsel toe. Verder is het organiseren van kansspelen en het hierbij optreden als tussenpersoon niet langer verboden in Schleswig-Holstein, maar wordt een vergunning verleend aan iedere aanvrager die voldoet aan bepaalde objectieve voorwaarden.<sup>3</sup>

257

\* Mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel is als universitair docent staats- en bestuursrecht verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Zie achtereenvolgens het Staatsverdrag zum Lotteriewesen (2004), het Glücksspielstaatsvertrag (2008) en het Glücksspieländerungsstaatsvertrag (2012).

2. HvJ EU 8 september 2010, zaak C-409/06, *Winner Wetten*, ECLI:EU:C:2010:503; HvJ EU 8 september 2010, gevoegde zaken C-316/07, C-409/07, C-410/07, C-358/07, C-359/07 en C-360/07, *Stoß e.a.*, ECLI:EU:C:2010:504; HvJ EU 8 september 2010, zaak C-46/08, *Carmen Media Group*, ECLI:EU:C:2010:505. Zie hierover J.C.M. van der Beek en F.A. Kroon, 'De volgende fase in de goksaga: *Quis custodiet ipsos custodes?*', *NTER* 2013/4, p. 116.

3. Wat die objectieve voorwaarden zijn, blijkt niet uit het arrest *Digibet*, maar hierin kan een verwijzing worden gezien naar het arrest *Carmen Media Group*, waarin het Hof van Justitie over het vergunningstelsel onder het oude staatsverdrag van 2008 oordeelde dat dit moest zijn gebaseerd op 'objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn' (*Carmen Media Group*, punt 87).

## Feiten en procesverloop

De zaak die aanleiding geeft tot dit arrest, speelt zich niet af in de deelstaat Schleswig-Holstein, maar in de deelstaat Nordrhein-Westfalen. In deze deelstaat is Westdeutsche Lotterie de monopolist voor het organiseren van kansspelen en sportwedstrijden.<sup>4</sup> Digibet, een in Gibraltar gevestigde onderneming die aldaar beschikt over een vergunning voor het organiseren van kansspelen, biedt via haar website ook kansspelen en wedstrijden in het Duits aan.<sup>5</sup> Omdat Digibet daarmee de Duitse kansspelwetgeving schendt, vordert Westdeutsche Lotterie bij het Landgericht Köln een verbod voor Digibet om kansspelen aan te bieden via internet. Deze (civiele) vordering wordt toegewezen en houdt in hoger beroep stand bij het Oberlandesgericht Köln. Het Duitse Bundesgerichtshof betwijfelt echter in *Revision* (cassatie) of dit verbod in overeenstemming is met de Unierechtelijke vrijheid van dienstverrichting (art. 56 VWEU). Aanleiding voor deze twijfel is de afwijkende regelgeving in de deelstaat Schleswig-Holstein, die de geschiktheid van het Duitse kansspelbeleid in de andere deelstaten teniet zou kunnen doen. Daarom stelt het Bundesgerichtshof aan het Hof van Justitie vier prejudiciële vragen over de gevolgen van deze afwijkende regeling voor de geschiktheid en samenhang van het Duitse kansspelbeleid als geheel.

belang, zoals consumentenbescherming of fraudebestrijding.<sup>7</sup> De vraag van het *Bundesgerichtshof* betreft echter niet deze rechtvaardiging als zodanig, maar de evenredigheid van de beperking. Meer in het bijzonder richt de vraag van het *Bundesgerichtshof* zich op de voorwaarde uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat een nationale regeling slechts *geschikt* is om de verwezenlijking van het aangevoerde doel te waarborgen wanneer zij daadwerkelijk ertoe strekt dit doel *op samenhangende en stelselmatige wijze* te verwezenlijken. Door de minder strikte regeling die gedurende een beperkte periode in Schleswig-Holstein van kracht is geweest, kan namelijk afbreuk worden gedaan aan de samenhang<sup>8</sup> van de restrictieve regeling als geheel.<sup>9</sup>

In zijn antwoord benadrukt het Hof van Justitie vervolgens dat de nationale autoriteiten ten aanzien van kansspelen beschikken over 'een ruime beoordelingsbevoegdheid' om te bepalen wat noodzakelijk is ter bescherming van de consument en de maatschappelijke orde. Daarvoor geeft het Hof van Justitie twee redenen. Ten eerste wijst het Hof van Justitie op de bijzondere aard van kansspelen: mededinging op de kansspelmarkt kan een schadelijk effect hebben, namelijk verhoogde uitgaven van de consument en toenemende gokverslaving. Ten tweede is het terrein van de kansspelen een van de terreinen waarop tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan, waardoor lidstaten bij afwezigheid van harmonisatie overeenkomstig hun eigen waardesysteem mogen beoordelen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de betrokken belangen.<sup>10</sup>

Gegeven die ruime beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten gaat het Hof van Justitie verder met de bevoegdheidsverdeling binnen de lidstaten. In dat verband benadrukt het Hof van Justitie allereerst dat de uitoefening van Unierechtelijke bevoegdheden en de nakoming van Unierechtelijke verplichtingen uitsluitend een aangelegenheid is van het constitutioneel bestel van elke lidstaat. Daarbij erkent het Hof van Justitie dat er in een federale staat goede redenen kunnen zijn om bepaalde wetgevende maatregelen niet door de federale autoriteiten, maar door de autoriteiten van de deelstaten te laten nemen. Bovendien verplicht artikel 4 lid 2 VEU tot respectering van de bevoegdheidsverdeling binnen lidstaten. In verband hiermee ziet het Hof van Justitie zich genoodzaakt om deze zaak te positioneren ten opzichte van zijn eerdere arrest *Carmen Media Group*, waarin het overwoog dat wanneer als gevolg van een interne bevoegdheidsverdeling sommige kansspelen tot de bevoegdheid van de *Länder* behoren en andere kansspelen tot die van de federale overheid, beide autoriteiten de uitoefening van hun bevoegdheden moeten *coördineren* om artikel 56 VWEU niet te schenden.<sup>11</sup> Die situatie

## Antwoord

Voordat het Hof van Justitie tot een antwoord komt, treedt Schleswig-Holstein begin 2013 alsnog toe tot het staatsverdrag van 2012. Die ontwikkeling stelt het Hof van Justitie in staat de vier prejudiciële vragen te reduceren tot één vraag: verzet artikel 56 VWEU zich tegen een gemeenschappelijke regeling van een meerderheid van de deelstaten in een federale lidstaat waarbij de organisatie van kansspelen via internet en het optreden als tussenpersoon daarbij wordt verboden, terwijl één deelstaat gedurende een beperkte periode een minder strikte regeling heeft gehandhaafd en marktdeelnemers vergunningen heeft verleend om kansspelen via internet aan te bieden die gedurende een overgangsperiode na afloop van die minder strikte regeling geldig blijven?<sup>6</sup>

Het Hof van Justitie bevestigt in zijn antwoord allereerst dat een regeling die reclame voor en organisatie van kansspelen via internet in beginsel verbiedt, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt. Een dergelijke beperking kan echter worden gerechtvaardigd op grond van een van de excepties van het VWEU (openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid) of op grond van dwingende redenen van algemeen

4. Zie ook nadrukkelijk over de situatie in Nordrhein-Westfalen: *Winner Wetten*, punt 11.

5. Gert Albers is de algemeen directeur van Digibet (Zie *Digibet*, punt 11).

6. *Digibet*, punt 20.

7. *Digibet*, punten 21-23.

8. De Nederlandse begrippen 'samenhang' en 'coherentie' kunnen als synoniemen worden beschouwd.

9. *Digibet*, punten 25-27.

10. *Digibet*, punten 31-32 en 24.

11. *Carmen Media Group*, punten 69 en 70, aangehaald in *Digibet*, punt 28.

van *verticale* coördinatie is in deze zaak echter niet aan de orde, omdat het hier gaat om de horizontale verhouding tussen de *Länder*.<sup>12</sup>

Vervolgens komt het Hof van Justitie toe aan zijn kernoverweging: zelfs als een regeling van een *Land* die minder strikt is dan die van de andere *Länder* eventueel de coherentie van de betrokken regeling als geheel kan aantasten, dan is een dergelijke aantasting van de coherentie in dit geval beperkt in de tijd, namelijk van 1 januari 2012 tot 8 februari 2013, en tot een enkele deelstaat. Daarom kan niet worden gesteld dat de afwijkende rechtstoestand in een van de deelstaten *aanzienlijk* afbreuk doet aan de geschiktheid van de in de andere deelstaten geldende kansspelbeperkingen om de daarmee nagestreefde rechtmatige doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken.<sup>13</sup> Onder deze beperkingen naar tijd en plaats kunnen de vijftien andere deelstaten dus niet worden verplicht het niveau van consumentenbescherming over te nemen dat gedurende een beperkte periode enkel in Schleswig-Holstein heeft gegolden en kan de in deze deelstaten geldende beperking van de vrijheid van dienstverrichting daarom voldoen aan de eis van evenredigheid. Of dit laatste ook daadwerkelijk het geval is, moet echter door het *Bundesgerichtshof* zelf worden vastgesteld.<sup>14</sup> Het antwoord van het Hof van Justitie luidt daarom dat artikel 56 VWEU zich niet verzet tegen een gemeenschappelijke regeling van een meerderheid van de deelstaten van een lidstaat met een federale structuur waarbij de organisatie van kansspelen via internet en het optreden als tussenpersoon daarbij in beginsel wordt verboden, terwijl één deelstaat gedurende een beperkte periode een minder strikte regeling heeft gehandhaafd, indien een dergelijke regeling kan voldoen aan de voorwaarden met betrekking tot de evenredigheid die in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn geformuleerd, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat.<sup>15</sup>

## Commentaar

Dit arrest van het Hof van Justitie geeft aanleiding tot een drietal opmerkingen. Deze hebben betrekking op (1) de Unierechtelijke eis van geschiktheid en – als onderdeel daarvan – samenhang, (2) de gecompliceerde toepassing van de eis van territoriale samenhang bij gedecentraliseerde regelgeving en (3) de gevolgen van dit arrest voor het Nederlandse kansspelbeleid.

### Evenredigheid, geschiktheid en samenhang

Een nationale maatregel die een verkeersvrijheid beperkt, moet onder meer *geschikt* zijn om de verwezen-

lijking van het nagestreefde doel te waarborgen.<sup>16</sup> Tezamen met de eis dat de betreffende maatregel niet verder mag gaan dan ter verwezenlijking van dat doel noodzakelijk is, concretiseert deze eis van geschiktheid de overkoepelende eis van evenredigheid.<sup>17</sup> In het arrest *Gambelli* heeft het Hof van Justitie de geschiktheidsstoets zelf nader geconcretiseerd: een beperkende maatregel is slechts geschikt ter verwezenlijking van het nagestreefde doel indien de verwezenlijking van dat doel wordt nagestreefd ‘op samenhangende en stelselmatige wijze’ (*‘in a consistent and systematic manner’*).<sup>18</sup>

Hoewel deze concretisering van de eis van geschiktheid inmiddels ook op andere terreinen dan kansspelen voorkomt,<sup>19</sup> is de exacte wijze van toepassing van deze concretisering nog niet altijd duidelijk. Dit komt allereerst doordat de terminologie in (de verschillende taalversies van) de arresten van het Hof van Justitie niet altijd eenduidig is. Bovendien worden beide eisen van samenhang (coherentie) en stelselmatigheid, hoewel onderdeel van dezelfde eis van geschiktheid, niet altijd duidelijk van elkaar onderscheiden. In de literatuur zijn inmiddels wel pogingen hiertoe gedaan, waarbij coherentie of samenhang (*‘in a consistent manner’*) wordt omschreven als de afwezigheid van contra-indicaties bij het nastreven van een bepaald doel. Daarentegen duidt stelselmatigheid (*‘in a systematic manner’*) op de aanwezigheid van positieve signalen in het nastreven van een bepaald doel. Anders gezegd, de eis van stelselmatigheid duidt erop dat de maatregel ‘hout snijdt’ om een bepaald doel te verwezenlijken.<sup>20</sup>

Het arrest *Digibet* bevat enkele opvallende punten die van belang zijn voor de toepassing van de eis van samenhang in het algemeen. Ten eerste richt het Hof van Justitie zich in dit arrest uitsluitend op de samenhang (*‘consistency’*) van de maatregel. Hierdoor wordt de eis van samenhang duidelijk onderscheiden van de eis van stelselmatigheid. Ten tweede geeft het Hof van Justitie in dit arrest ‘samenhang’ inderdaad de betekenis van ‘afwezigheid van contra-indicaties’: het feit dat in een andere deelstaat een liberaler kansspelbeleid wordt

12. *Digibet*, punten 33-35.

13. *Digibet*, punt 36.

14. *Digibet*, punten 38-40.

15. *Digibet*, punt 41.

16. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07, *Liga Portuguesa e.a.*, ECLI:EU:C:2009:519, punten 59-60, HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica e.a.*, ECLI:EU:C:2007:133, punten 48-49, maar ook bijvoorbeeld al HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, punt 37, en HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01, *Gambelli e.a.*, ECLI:EU:C:2003:597, punten 64 en 65.

17. De exacte verhouding tussen de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid is echter lang niet altijd eenduidig. Zie recent W. Sauter, ‘Proportionality in EU law: A Balancing Act?’, in: C. Barnard e.a. (red.), *Cambridge yearbook of European legal studies 2012-2013*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 439-466, en reeds eerder J.H. Jans, ‘Evenredigheid revisited’, *SEW* 2000-7/8, p. 270-282.

18. *Gambelli e.a.*, punt 67.

19. Zie bijvoorbeeld bij de regulering van apotheken onder meer HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141, punt 55, en HvJ EU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez en Chao Gómez*, ECLI:EU:C:2010:300, punt 94.

20. Zie uitgebreider G. Mathisen, ‘Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement’, *Common Market Law Review* 2010, p. 1023-1025, die overigens juist de zinsnede ‘in a systematic manner’ aanduidt als ‘coherence’.



gevoerd, kan de samenhang – en daarmee de geschiktheid – van een restrictiever kansspelbeleid beïnvloeden. Ten derde laat dit arrest duidelijk zien dat samenhang ondergeschikt is aan geschiktheid: zelfs als een minder strikte regeling van een van de deelstaten *eventueel* de samenhang van de regeling als geheel kan aantasten – kennelijk is dat niet zonder meer het geval – dan doet een naar tijd en plaats beperkte incoherentie van die regeling niet *aanzienlijk* afbreuk aan de geschiktheid van de kansspelbeperkingen in de andere deelstaten. Met andere woorden: bepalend is of door een afwijkende deelregeling *aanzienlijk* afbreuk wordt gedaan aan de geschiktheid van de regeling als geheel. Niet elke incoherentie leidt dus zonder meer tot ongeschiktheid van de maatregel.<sup>21</sup>

Geschiktheid gaat over de verhouding tussen middel en doel. Toch stelt het Hof van Justitie in dit arrest niet expliciet het doel van de Duitse kansspelregulering vast; de beoordeling van de rechtvaardiging van de beperkende maatregel wordt nadrukkelijk overgelaten aan de nationale rechter.<sup>22</sup> Naar mijn mening is een dergelijke vaststelling van het doel echter noodzakelijk om een uitspraak te kunnen doen over de geschiktheid van de maatregel: in hoeverre een beperkte aantasting van de samenhang al dan niet aanzienlijk afbreuk doet aan de geschiktheid van de regeling, kan afhangen van het specifieke doel dat een regeling beoogt te verwezenlijken. Impliciet lijkt het Hof van Justitie dit laatste overigens te erkennen door in zijn argumentatie alsnog uit te gaan van een specifiek doel, namelijk consumentenbescherming.<sup>23</sup>

### Territoriale samenhang bij kansspelen

Op het terrein van kansspelen heeft de eis van samenhang of coherentie langs verschillende lijnen vorm gekregen. De eerste verschijningsvorm, die onder meer in het arrest *Ladbroke's* aan de orde is, betreft die van de *interne* coherentie. Deze coherentie betreft de maatregelen die ten aanzien van een bepaald kansspel worden genomen. Zo bestaat op het eerste gezicht een zekere spanning wanneer enerzijds voor een bepaald kansspel een monopolie wordt ingesteld om het aanbod te beperken, maar anderzijds deze monopolist wordt toegestaan om nieuwe varianten van dat kansspel te introduceren en reclame hiervoor te maken.<sup>24</sup> Dit betekent intussen niet dat elke uitbreiding van het kansspel aanbod zonder meer incoherent is: zolang de expansie gecontroleerd is en slechts beoogt de bestaande consumenten op te vangen of te behouden ten gunste van de monopolist (in plaats van de kansspelmarkt te vergroten), kunnen kans-

spelactiviteiten nog steeds op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt.<sup>25</sup>

In de arresten *Stoß e.a.* en *Carmen Media Group* introduceert het Hof van Justitie een nieuwe vorm van coherentie, namelijk die tussen verschillende soorten kansspelen (*modale* coherentie). Weliswaar is een monopolie voor een bepaald kansspel niet zonder meer ongerechtvaardigd indien voor andere kansspelen een lichter regime geldt, maar dit monopolie moet wel ertoe bijdragen dat weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt. Wanneer parallel aan dit monopolie andere kansspelen wel mogen worden geëxploiteerd door marktdeelnemers die over een vergunning beschikken en ten aanzien van die andere kansspelen een beleid wordt gevoerd (of gedoogd) dat gericht is op uitbreiding van het aanbod, dan is niet uitgesloten dat dit monopolie niet meer geschikt is voor de verwezenlijking van het doel van consumentenbescherming.<sup>26</sup>

In het arrest *Digibet* komt nu een derde vorm van coherentie aan de orde die kan worden omschreven als *territoriale* coherentie. Evenals de hierboven genoemde modale coherentie heeft deze territoriale coherentie een horizontaal of vergelijkend karakter. Tegelijk gaat deze territoriale coherentie verder dan haar modale tegenhanger, omdat die territoriale coherentie op gespannen voet kan staan met de interne bevoegdheidsverdeling binnen lidstaten. Hoewel het Unierecht deze interne bevoegdheidsverdeling respecteert, mede in het licht van de nationale identiteitsclausule van artikel 4 lid 2 VEU,<sup>27</sup> kan volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie de interne bevoegdheidsverdeling tussen centrale en regionale autoriteiten de lidstaat niet ontslaan van haar Unierechtelijke verplichtingen.<sup>28</sup> Daarom heeft het Hof van Justitie reeds in *Carmen Media Group* overwogen dat de federale autoriteiten en de autoriteiten van deelstaten de uitoefening van hun bevoegdheden moeten coördineren om aan de verplichtingen van artikel 56 VwEU te voldoen.<sup>29</sup> Een dergelijke coördinatieplicht kan tot gevolg hebben dat de bevoegdheidsverdeling *juridisch* weliswaar nog steeds wordt gerespecteerd, maar dat deelstaten in de praktijk hun bevoegdheden eigenlijk niet meer zelfstandig kunnen uitoefenen, zodat de bevoegdheidsverdeling *feitelijk* wel wijzigt.

In *Digibet* redt het Hof van Justitie zich uit dit spanningsveld met een strategische herformulering van de prejudiciële vragen. Deze herformulering is mogelijk

21. Zie in deze zin ook Mathisen 2010, p. 1041.

22. *Digibet*, punten 24 en 40.

23. *Carmen Media Group*, punt 10, en *Stoß e.a.*, punt 102). Zie hierover ook S. Van den Bogaert en A. Cuyvers, "‘Money for nothing’: the case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling", *Common Market Law Review* 2011, p. 1199-1200.

24. Zie *Placanica e.a.*, punt 55; HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/10, *Ladbroke's*, ECLI:EU:C:2010:308, punt 25 e.v.

25. Zie *Ladbroke's*, punten 27-28, en HvJ EU 15 september 2011, zaak C-347/09, *Dickinger en Ömer*, ECLI: EU:C:2011:582, punt 69.

26. *Stoß e.a.*, punten 93-100 en 107; en *Carmen Media Group*, punten 60-68 en 71. In *Stoß e.a.* is bovendien een 'tussenvorm' van interne en horizontale coherentie aan de orde, omdat de monopolist op het terrein van sportweddenschappen uitgebreid reclame maakt voor andere soorten kansspelen (namelijk loterijen) die eveneens door hem worden aangeboden (*Stoß e.a.*, punten 100-107).

27. Zie uitgebreid over deze nationale identiteitsclausule: R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 420-423.

28. Zie *Carmen Media Group*, punt 69, met verwijzing naar HvJ EG 13 september 2001, zaak C-417/99, *Commissie/Spanje (luchtkwaliteit)*, ECLI:EU:C:2001:445, punt 37.

29. *Carmen Media Group*, punt 70.

doordat de deelstaat Schleswig-Holstein alsnog is toegetreden tot het gezamenlijke staatsverdrag van 2012. Omdat daardoor slechts tijdelijk, namelijk ruim een jaar, een afwijkend regime voor één deelstaat heeft bestaan, is sprake van een beperkte afwijking die geen gevolgen heeft voor de geschiktheid van de – meer beperkende – regeling in de andere deelstaten. De andere deelstaten kunnen daarom niet worden gedwongen hetzelfde niveau van consumentenbescherming te hanteren als het niveau dat korte tijd enkel in Schleswig-Holstein heeft gegolden. Opvallend is dat het Hof van Justitie in dit antwoord geheel buiten beschouwing laat dat de onder het afwijkende regime verleende vergunningen gedurende een overgangsperiode geldig blijven.<sup>30</sup> In het verleden heeft het Hof van Justitie weliswaar overwogen dat een dergelijke overgangsperiode geen afbreuk hoeft te doen aan de coherentie van het verbod om kansspelen via internet aan te bieden, althans indien deze overgangsperiode een beperkte duur heeft en de vergunninghouders gedurende deze periode strenge maatregelen moeten nemen uit een oogpunt van consumentenbescherming,<sup>31</sup> maar in de zaak *Digibet* is niet duidelijk of aan die voorwaarden zou zijn voldaan. Tegelijk geeft het antwoord van het Hof van Justitie zijn worsteling weer met de toepassing van een eis van territoriale samenhang binnen lidstaten met een federale structuur. In het bijzonder rijst de vraag wat zijn oordeel zou zijn geweest indien het afwijkende regime langer had voortbestaan (of voor meer deelstaten had gegolden). Juist door in deze zaak nadrukkelijk aan te sluiten bij de *beperkte* aantasting van de coherentie, lijkt het Hof van Justitie in het algemeen niet uit te sluiten dat de aantasting zodanig kan zijn dat aanzienlijk afbreuk wordt gedaan aan de geschiktheid van de beperkende maatregelen in andere deelstaten. Daarmee wordt dan toch, hoewel feitelijk en indirect, een zekere coördinatieplicht tussen deelstaten in het leven geroepen om een gezamenlijk beschermingsniveau te definiëren, waardoor de ene deelstaat niet meer volledig vrij van de andere deelstaten kan beslissen over de invulling van ‘haar’ kansspelbeleid.<sup>32</sup> Mogelijk wordt het oordeel van het Hof van Justitie in *Digibet* gekleurd door enkele bijzondere omstandigheden, zoals het feit dat de overige deelstaten *gezamenlijk* optrekken en het grensoverschrijdende karakter van het aanbieden van kansspelen via internet, hetgeen tot gevolg kan hebben dat deze coördinatieplicht slechts bij hoge uitzondering bestaat. Interessant is in dit verband nog de opvatting van het verwijzende *Bundesgerichtshof* inhoudende dat het praktische resultaat voor de interne markt van eventuele incoherentie die wordt veroorzaakt door verschillen tussen de deelstaten van een federale staat, niet zou mogen

worden onderscheiden van afwijkende regelingen die kunnen bestaan tussen kleinere en grotere lidstaten. Wanneer die verschillen tussen lidstaten worden aangevaard, dan zou dat ook moeten gelden voor verschillen tussen deelstaten.<sup>33</sup> Deze opvatting doet de vraag rijzen of de ‘ruime beoordelingsbevoegdheid’ die lidstaten hebben ten aanzien van beleidsterreinen waarop aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan, in dezelfde mate geldt voor deelstaten. Een bevestigend antwoord zou meebrengen dat de ene deelstaat mag kiezen voor een ander beschermingsniveau dan de andere deelstaat *en* dat de coherentie van het beleid van de ene deelstaat niet afhangt van het beleid in een andere deelstaat, zolang dit beleid maar verenigbaar is met de eisen die het Unierecht stelt aan de vrijheid van dienstverrichting. Het Hof van Justitie laat deze opmerking van het *Bundesgerichtshof* echter onbesproken, waarmee nogmaals de complexiteit van toepassing van de eis van territoriale coherentie wordt geïllustreerd.

### Samenhang in het Nederlandse kansspelbeleid?

In een aantal opzichten lijkt het Duitse kansspelbeleid onder het gemeenschappelijke staatsverdrag op de Nederlandse situatie. Ook in Nederland is het aanbieden van kansspelen via internet momenteel verboden en is het slechts aan bepaalde vergunninghouders door middel van een vergunningvoorschrift toegestaan om kansspelen ook via internet aan te bieden.<sup>34</sup> Qua procesverloop doet de *Digibet*-zaak verder sterk denken aan de Nederlandse *Ladbroke's*-zaak. In die zaak vorderde de Nederlandse monopolist, De Lotto, een verbod voor Ladbroke's, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming, om kansspelen aan Nederlandse ingezetenen aan te bieden.<sup>35</sup> Ook in die zaak werden prejudiciële vragen gesteld die verband hielden met de eisen van geschiktheid en samenhang. In zijn antwoord overwoog het Hof van Justitie dat een nationale regeling die is gericht op de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude en die daadwerkelijk bijdraagt tot het bereiken van deze doelstellingen, kan worden geacht de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze te beperken, *ook al* is het de houder van een exclusieve vergunning toegestaan zijn marktaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren en reclame te maken.<sup>36</sup> In *Ladbroke's* ging het dus om *interne* samenhang met betrekking tot een bepaald kansspel. Het Nederlandse kansspelbeleid verplaatst zich echter in de richting van een liberaler regime. Afgelopen zomer is namelijk een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend tot wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met de regulering van kansspelen op afstand.<sup>37</sup> Deze regulering houdt feitelijk in dat het verbod op het online aanbieden van kansspelen, althans sportwedden-

30. Opvallend is in dit verband het verschil tussen vraag en antwoord in *Digibet*, punten 20 en 41. In het antwoord van het Hof van Justitie wordt namelijk niet ingegaan op de omstandigheid dat aan marktdeelnemers vergunningen zijn verleend die gedurende een overgangsperiode na intrekking van de minder strikte regeling geldig blijven.

31. Zie ook *Carmen Media Group*, punten 107-109.

32. Zie de huiver hiervoor van het verwijzende *Bundesgerichtshof* in *Digibet*, punt 16.

33. *Digibet*, punt 17.

34. Zie bijvoorbeeld art. 6 lid 2 Beschikking Sporttotalisator 2010.

35. HR 24 februari 2012, AB 2012, 175, m.nt. C.J. Wolswinkel.

36. *Ladbroke's*, punt 38.

37. *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 2.

schappen,<sup>38</sup> wordt vervangen door een (open) vergunningstelsel, waarbij iedere vennootschap die aan de voorwaarden voldoet in aanmerking komt voor vergunningverlening.<sup>39</sup>

In de memorie van toelichting wordt, mede naar aanleiding van kritiek van de Raad van State,<sup>40</sup> uitgebreid ingegaan op zowel de interne samenhang van kansspelen op afstand als het samenhangende kansspelbeleid als geheel (in de memorie van toelichting aangeduid als 'horizontale consistentie'). De regering is van mening dat het voorgestelde vergunningstelsel eraan bijdraagt dat kansspelen op afstand op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt. Vergunninghouders mogen weliswaar binnen bepaalde kaders kansspelen op afstand aanbieden en daarvoor ook reclame maken, maar dit is noodzakelijk om de bestaande, substantiële vraag naar die kansspelen te leiden naar een alternatief veilig aanbod. Daarbij worden strikte eisen gesteld aan de betrokken vergunninghouders ten aanzien van het voorkomen van kansspelverslaving. Naar de mening van de regering wordt hiermee een juist evenwicht bereikt om de bestaande vraag naar kansspelen op afstand op gecontroleerde wijze te kunnen geleiden naar een verantwoord en betrouwbaar aanbod.<sup>41</sup>

Ten aanzien van de horizontale samenhang *tussen* kansspelen toont de Afdeling zich zeer kritisch. Zij constateert dat als gevolg van de wetwijziging – daargelaten het vergunningstelsel voor speelautomaten – drie verschillende regimes zullen ontstaan binnen het Nederlandse kansspelbeleid: (1) een absoluut verbod op online loterijen, (2) een restrictief toelatingsbeleid voor 'landgebonden' kansspelen (een monopolie voor casino's en een beperkt vergunningenbeleid voor loterijen) en (3) een open vergunningstelsel voor kansspelen op afstand. Onder verwijzing naar het arrest *Stoß e.a.* erkent de Afdeling weliswaar dat het mogelijk is voor kansspelen op afstand een vergunningstelsel te introduceren, maar tegelijk benadrukt zij dat dergelijke regulering consequenties kan hebben voor de mogelijkheden om op andere deelmarkten een strikter beleid te voeren. Deze samenhang wordt volgens de Afdeling steeds minder inzichtelijk in het Nederlandse kansspelbeleid. Gelet op het Europeesrechtelijk kader rijst daarom de vraag of de voorgenomen stap van het invoeren van een vergunningstelsel voor kansspelen op afstand ertoe zal leiden dat ook op andere deelmarkten voor kansspelen een (veel) minder restrictief beleid gevoerd zal moeten worden.<sup>42</sup> De regering is daarentegen van mening dat wel degelijk aan de eis van 'horizontale consistentie' is voldaan. Loterijen worden namelijk niet onder de strikte regulering van kansspelen op afstand gebracht, omdat zij aanzienlijk minder risicovol zijn dan sportwedenschappen en casinospelen. Bovendien kan de aanbieder

van loterijproducten op basis van zijn 'landgebonden' vergunning in beginsel gebruikmaken van internet. De regering kiest verder voor een geleidelijk proces bij de modernisering van het kansspelbeleid en het loterijstelsel.<sup>43</sup> Daarmee beroept de regering zich eigenlijk op een soort van *temporele* coherentie die inhoudt dat samenhang in de tijd kan bestaan zonder dat op hetzelfde moment voor alle soorten kansspelen hetzelfde of vergelijkbaar beleid wordt gevoerd. Ten aanzien van het loterijstelsel is de regering in dit verband voornemens om de huidige vergunningen tot 2017 te continueren en vanaf dat jaar in te zetten op 'transparante vergunningverlening'.<sup>44</sup> Verder is de regering voornemens om het wettelijke monopolie op speelcasino's los te laten en Holland Casino te privatiseren. In plaats daarvan worden maximaal zestien vergunningen voor speelcasino's (één vergunning per speelcasino) verdeeld door middel van een spreidingsbeleid over vijf regio's.<sup>45</sup> Dit territoriale spreidingsbeleid kan de geschiktheid en samenhang van het kansspelbeleid juist ten goede komen,<sup>46</sup> tenzij zodanig grote verschillen ontstaan tussen de regio's dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van consumentenbescherming.

## Slot: samenhang op andere terreinen

De impact van het arrest *Digibet* voor het Nederlandse kansspelbeleid lijkt dus vooralsnog gering.<sup>47</sup> De eis van samenhang als onderdeel van de eis van geschiktheid geldt echter ook buiten het terrein van kansspelen. In het bijzonder is daarom een vergelijking met de Nederlandse regulering van prostitutie treffender. Prostitutie is door het Hof van Justitie evenals kansspelen bestempeld als een terrein waarop tussen lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan, zodat lidstaten hun eigen gewenste beschermingsniveau kunnen vaststellen.<sup>48</sup> Momenteel ligt in dit verband het wetsvoorstel Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche bij de Eerste Kamer.<sup>49</sup> Dit wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid van een nulloptie: gemeenten mogen in hun verordening bepalen dat geen vergunning voor prostitutiebedrijven zal worden

38. Voor andere kansspelen dan sportwedenschappen, zoals loterijen, blijft het verbod voorlopig gehandhaafd (zie hierover *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 19-21).

39. *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 22.

40. *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 4, p. 19-25.

41. *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 3, p. 55.

42. *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 4, p. 22.

43. *Kamerstukken II* 2013/14, 33996, nr. 4, p. 57.

44. *Kamerstukken II* 2013/14, 24557, nr. 134.

45. *Kamerstukken II* 2013/14, 24557, nr. 135.

46. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, *Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506, punt 45, waarover ook H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmann (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NTER* 2011/3, p. 77-87.

47. Alleen het speelautomatenbeleid en 'kleine' loterijen behoren tot de bevoegdheid van de lokale overheden en kunnen dus aanleiding geven tot kleine verschillen tussen decentrale overheden.

48. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 november 2001, zaak C-268/99, *Jany e.a.*, ECLI:EU:C:2001:616, punten 56 en 60.

49. *Kamerstukken I* 2010/11, 32211, nr. A. Momenteel is de behandeling van dit wetsvoorstel aangehouden in afwachting van de aanvaarding door de Tweede Kamer van een novelle die overigens geen betrekking heeft op deze nulloptie (*Kamerstukken II* 2013/14, 33885, nr. 2).

verleend. De mogelijkheid van een dergelijke nuloptie staat volgens de Afdeling haaks op het nastreven van een landelijk uniform beleid.<sup>50</sup> Hoewel de Afdeling zich hierbij niet beroept op de Unierechtelijke eis van geschiktheid,<sup>51</sup> lijkt haar kritiek zeker ook een Unierechtelijke dimensie te hebben: de omstandigheid dat in andere gemeenten een liberaler regime geldt, kan tot gevolg hebben dat het restrictieve prostitutiebeleid in een bepaalde gemeente niet langer geschikt is om het doel van bescherming van de openbare orde (waaronder de menselijke waardigheid van de prostituee, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen)<sup>52</sup> te verwezenlijken. Met het arrest *Digibet* lijkt niet uitgesloten dat een dergelijk argument enige kans van slagen heeft.

50. *Kamerstukken II* 2009/10, 32211, nr. 4, p. 13.

51. Overigens heeft de Afdeling in haar advies wel gewezen op de eis van samenhang en stelselmatigheid (*Kamerstukken II* 2009/10, 32211, nr. 4, p. 15), maar in de parlementaire behandeling komt deze eis niet meer expliciet aan de orde. Zie overigens ook de prejudiciële vragen in ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495 over de verenigbaarheid van vergunningverlening voor de exploitatie van een prostitutiebedrijf met de Dienstenrichtlijn.

52. Zie voor deze doelstelling *Kamerstukken II* 2009/10, 32211, nr. 3, p. 24.